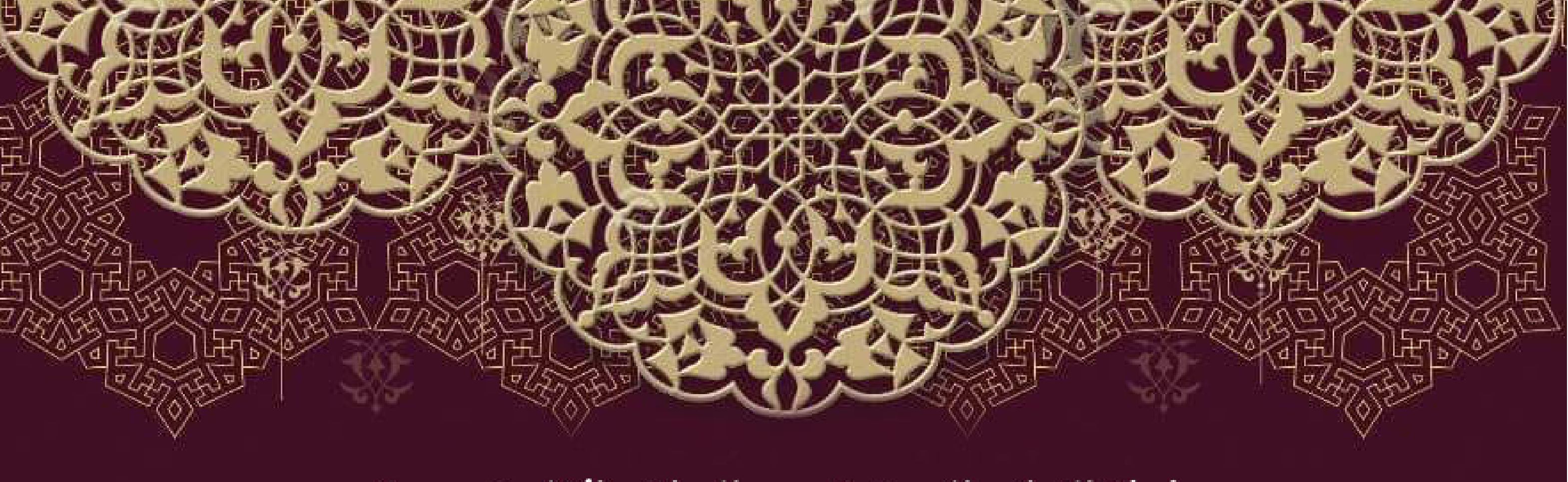


سلسلة الفوائد المنتخبة من المواقع الإلكترونية

(4)

العرف وبعض تطبيقاته

في الفقه المالكي

بقلم

الدكتور عبد السلام فيغو

مركز الإمام مالك الإلكتروني

العرف وبعض تطبيقاته



في الفقه المالكي

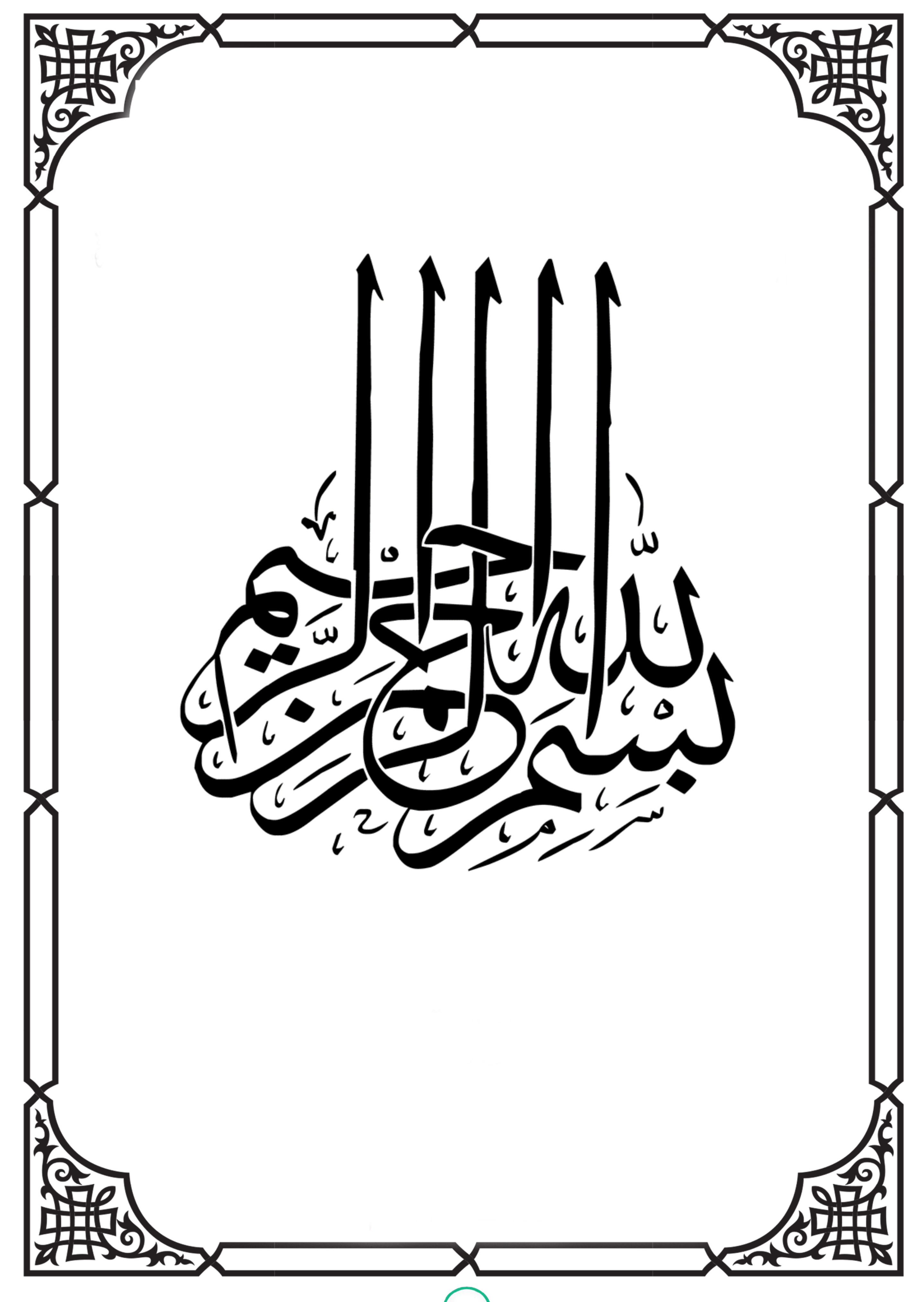
إعداد

الدكتور عبد السلام فيغو

أصل هذه الرسالة مقال للدكتور الفاضل

نشره بمجلة دعوة الحق المغربية

العدد 297 شوال-ذو القعدة-ذو الحجة 1413/ أبريل-ماي-يونيو 1993


بسم الله الرحمن الرحيم



في الفقه المالكي



الدكتور عبد السلام فيغو

مركز الإمام مالك الإلكتروني

لإعداد الملخصات الفقهية

على مذهب السادة المالكية

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

إن من قواعد الفقه أن العرف كالشـــرط وأن العادة محكمة، وقد أطلق على العرف في كتب الفقه المالكي مصـــطلح العوائد، وهي جمع عادة، فهي العرف، والغالب، والشـــبه، ألفاظ مترادفة، وكلها تعني غلبة معنى من المعاني على الناس[1] فالعرف والعادة لفظان مترادفان، فقد **عرفهما النســـفي**: «العرف والعادة ما اســـتقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول».[2]

وقال ابن عابدين: «العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها بعد أخرى صـــارت معروفة مســـتقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صـــارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد».[3]

وقد عرف أحد المعاصرين العادة والعرف بأنه: «هو الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته، وتحقق في قراراتها وألفته، مســتندة في ذلك إلى اســتحســان العقل ولم ينكره الذوق الســليم في الجماعة» وقال: «وإنما يحصل استقرار لشيء في النفوس وقبول الأطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة».[4]

فالعرف والعادة بمعنى واحد.

(1) راجع القرافي: تنقيح الفصول ص: 448، ابن جزي: الوصول إلى علم الأصول ص: 148.
(2) النسفي: المستصفى ج 1، ص: 17، الكمال ابن الهمام: السير شرح التحرير ج 1، ص: 317.
(3) رسائل ابن عابدين: ج 1، ص: 186.
(4) أبو ســـنة: العرف والعادة ص: 8، وانظر في نفس المعنى محمد أبو زهرة: مالك ص: 42، أحمد الزرقاء: شـــرح القواعد ص: 165.

والعادة كانت ولا تزال تلعب دورا مهما في نشـــوء الأمم وفي حياتهم الاجتماعية، ومظاهر مدنيتهم، وكانت ولا تزال تختلف باختلاف الأمصــار، والأعصــار، والأحوال، وكانت العادة قديما أساس جميع المظاهر الاجتماعية، فكانت وحدها أساس الدين والأخلاق والمعاملات.[5]

والعرف آية مرونة الشــريعة. **قال ابن القيم**: «هذا فصــل عظيم النفع جدا وقع – بســبب الجهل به – غلط عظيم على الشـريعة أوجب الحرج والمشـقة، وتكليف ما لا سـبيل إليه، وما يعلم أن الشريعة الباهرة لا تأتي به، فإن الشـريعة مبناها وأسـاسـها على الحكم والمصـالح، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها، وكل مسـألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضـدها، وعن المصـلحة إلى المفسـدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليسـت من الشـريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل...»[6]

وقد اعتبر الإمام مالك بن أنس عمل أهل المدينة دليل من الأدلة الشـــرعية عند عدم النص، وبكلمة أخرى اعتبرت العادة المتبعة في المدينة من مصادر التشريع في المذهب المالكي.

فالإمام مالك كان يراعي كثيرا ما تعارفه أهل المدينة[7] يقول أبو زهرة: «والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف، ويعتبره أصــلا من الأصــول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي لأن المصـــالح المرســـلة من دعامة الفقه المالكي في الاســتدلال، ولا شــك أن مراعاة العرف الذي لا فســاد فيه ضــرب من ضــروب المصــلحة، لا يصــح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به، ولقد وجدنا المالكية يتركون القياس

---

(5) انظر صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، ص: 359 دار العلم للملايين / الطبعة الأولى: 1957.
(6) أعلام الموقعين: ج 3، ص: 27 وما بعدها، مطبعة الكردي بمصر 1325.
(7) الشاطبي: الموافقات 2 / 227.

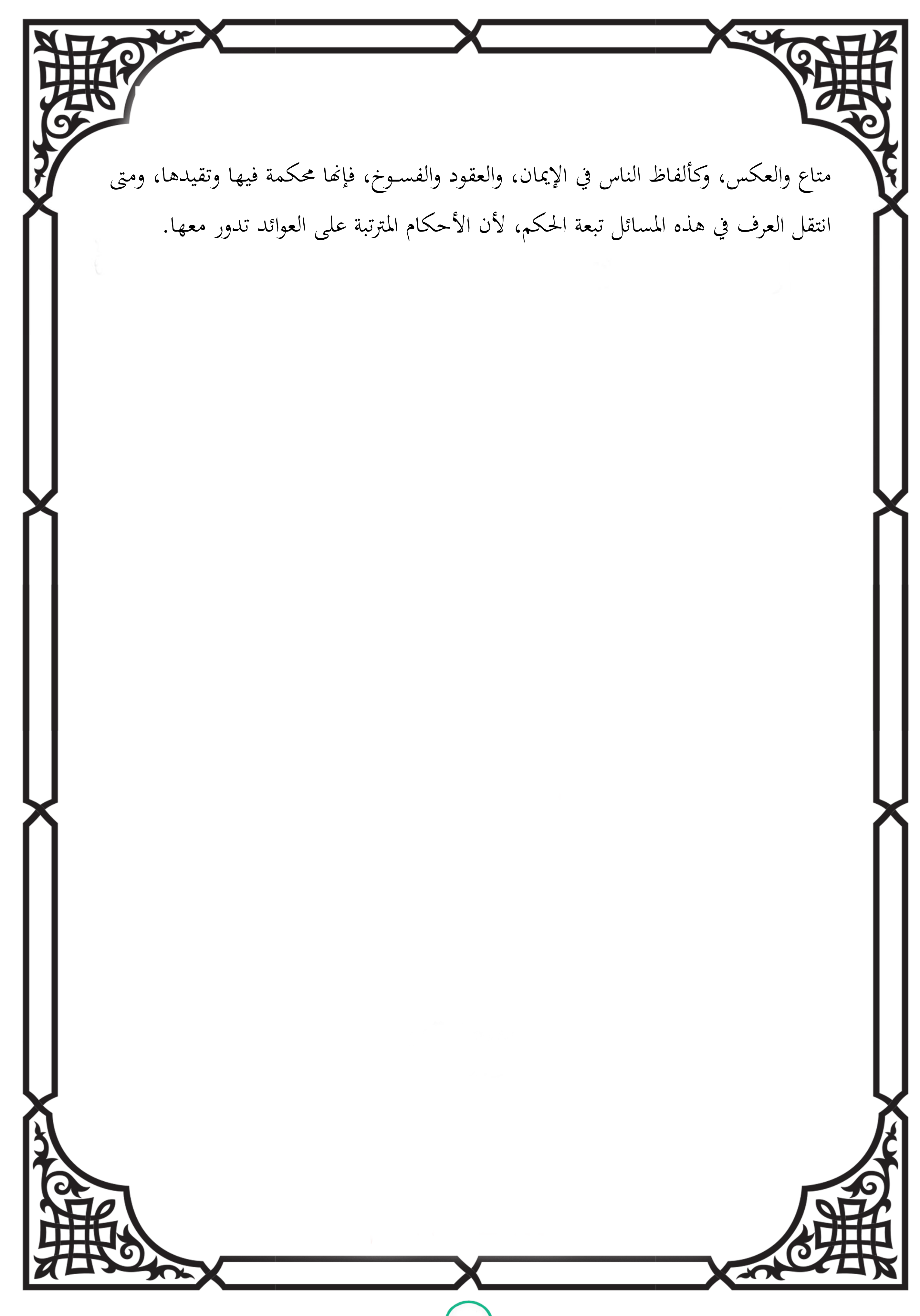
إذا خالف العرف، وكذلك ورد عن القرطبي في (باب الاستحسان) أن من ضروبه ترك قياس لأجل العرف، بل إن العرف يخصص العام، ويقيد المطلق عند المالكية».[8]

ولقد نبه الفقيه المالكي القرافي إلى العرف ووجوب اعتباره في الفتيا والحكم، وساق أمثلة عديدة، وأضاف أنه يجب على المفتي في ألفاظ الطلاق[9] وما ماثلها مما يختلف فيه عرف الناس وعاداتهم أن يكون عليما بعرف بلد المستفتي أو يسأل عنه، ولا يصح تحكيم عرف بلد المفتي نفسه، ومثل الحاكم «القاضي» في ذلك.[10]

فالعرف على هذا لا ينكر دوره وأثره في الفقه الإسلامي بصفة عامة، ما دام لا يتعارض مع نصوص الشريعة، **يقول ابن نجيم**: «واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلا»[11]

ولا نزاع بين العلماء في أن العرف إذا كان مخالفا لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات لا يلتفت إليه، ولا يعتد به، بل يجب إلغاؤه، فالعوائد معمول بها في الشرع ما لم تخالف دليلا شرعيا، فإنه حينئذ يجب طرحها، وإتباع الدليل الشرعي، ومعنى العمل بها أن يقيد أو يخصص بها بغض الأحكام الشرعية الفرعية،[12] لا أنه يعمل بها في الأحكام الفرعية التي وكل الشرع أمرها إلى العرف، قال في نيل السول: «كمعرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافيات: كإطلاق ماء وتقييده، وطول الفصل في السهو وقصره، وغير ذلك، كتقدير نفقات الزوجات والأقارب وكسوتهم، وما يختص به الرجال عن النساء من

(8) الإمام مالك: ص: 353.
(9) يقول ابن عابدين «يحمل كلام الحالف، والناذر، والموصي، والواقف، وكل عاقد على لغته وعرفه، وإن خالفوا لغة العرب ولغة الشرع» (رسائل ابن عابدين 2 / 133)
(10) القرافي: الفروق ج 1، ص: 44 وما بعدها (بتصرف)
(11) الأشباه والنظائر ص: 93 وما بعدها.
(12) وحكى القرافي إلى أنها لا تخصص ولا تقيد، وحكى عليه الإجماع في شرح التنقيح (ص: 212). قال حلولوا: «ما حكاه القرافي من الإجماع ليس بصحيح، وقد اعترضه الشيخ ابن عرفة بمسائل في المذاهب» (الضياء اللامع (2/ 49)



متاع والعكس، وكألفاظ الناس في الإيمان، والعقود والفسوخ، فإنها محكمة فيها وتقيدها، ومتى انتقل العرف في هذه المسائل تبعة الحكم، لأن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها.



تطبيقات فقهية على نظرية العرف عند المالكية

من بين التطبيقات على العرف في الفقه المالكي:

أولا: توزيع الربح والمضاربة[13]

إذا اختلف رب المال والعامل في مقدار الربح المتفق عليه، فلكل واحد منهما أن يرجع في ذلك إلى العرف، ويكون قول العامل مع يمينه، إن جرى عرف بمثل ما يدعيه، وإلا رد إليه قراض مثله.[14]

ففي موطأ قال مالك: «في رجل دفع إلى رجل مالا للقراض فربح به ربحا فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين، وقال صاحب المال: قارضتك على أن لي لك الثلث، قال مالك: القول قول العامل، وعليه في ذلك اليمين، إذا كان ما قال يشبه قراض مثله، وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس، وإن جاء بأمر يستنكر ليس على مثله يتقارض الناس لم يتصدق، ورد إلى قراض مثله.[15]

---

(13) فأهل العراق يسمونها مضاربة ومعاملة، وقد شاع استعمال لفظ المضاربة في كتب فقه الحنفية والحنابلة والزيدية والإمامية الإباضة (انظر الكاساني، بدائع الصنائع 6 / 79، ابن قدامة: المغني 5 / 135، ابن المرتضي: البحر الزخار 4 / 79، شرح النيل 10 / 306) أما لفظ القراض فقد شاع استعماله في كتب فقه المالكية والشافعية والظاهرية، وقد يستعملون أحيانا لفظ المقارضة (انظر جواهر الإكليل 2 / 171، مختصر المزني ص: 222 بهامش ج 8 من كتاب الأم، ابن حزم: المحلي 7 / 96)

(14) وقد جاء في مختصر خليل في تعريف القراض بأنه: «توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما» وقال الدردير: «القراض دفع مالك مالا من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به بجزء من ربحه» (الشرح الكبير 3 / 517) كما عرفها ابن جزي بأنها «أن يدفع رجلا مالا لآخر ليتجر به، ويكون الفضل بينهما حسبما يتفقان عليه» (القوانين الفقهية ص: 282)

(15) الموطأ: ص: 436، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي.

ثانيا: في التولية والمرابحة[16]

إذا قال بعتك بما قامت علي، قال يصح البيع، ويكون للبائع مع الثمن ما بذله من أجرة القصارة والطرازة والخياطة والصبغ ونحو ذلك من له عين قائمة، ويستحق له حصته من الربح إن سمى لكل عشرة ربحا، ومما ليس له عين قائمة إلا أنه يوجب في السوق ولا يستحق له حصة من الربح، نحو: كراء الحمل في النقد للبلدان ونحوه، وما لا يؤثر في السوق لا يستحقه ولا يكون له ربح، كأجرة الطي، والشد، كراء البيت، ونفقة البائع على نفسه.[17]

فالمستفاد من الفقه المالكي أن ما يحسب في أصل الثمن على ثلاث أضرب[18]:

1) ما يحسب في أصل الثمن ويربح له أي: يضرب له صاحب السلعة قسطا من الربح وهو ما لزم السلعة، أي ما غرمه فيها، وكان لأثره عين قائمة أي مشاهدة محسوسة بحاسة البصر: كالخياطة والصباغة والقصارة والفتل: أي فتل الحرير، والغزل: أي دقُّ القصار الثوب لتحسينه وتطريته، أي جعل الثوب في الطراوة ليلين ويذهب ما فيه من خشونة.

2) ما يحسب في أصل الثمن ولا يربح له، أي لا يحسب له ربحا، وهو ما ليس لأثره عين قائمة: ككراء مقل المتاع، وشد وطي اعتيد أجرتهما.

3) ما لا يحسب في أصل الثمن ولا يربح له، وهو ما كان من عمل البائع نفسه، ويرى ابن جزي أنه لا يجوز له أن يحسب ذلك كله إذا بينه للمشتري؛[19] أو عمل له مجانا، أو كان من شأنه أن يتولى ذلك بنفسه، أي جرت العادة بأن يتولاه بنفسه النشر ما لم يكن الفعل لأثره

---

(16) أبو زهرة: مالك ص: 358.
(17) المرابحة في اصطلاح المالكية هي: أن يبيع السلعة بالثمن الذي اشتراها بها وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه (شرح الزرقاني على خليل 3 / 173 ط. دار الفكر، بيروت) وعرفه بعضهم بأنه يبيع مرتب ثمنه على ثمن بيع تقدمه غير لازم مساواته له (حاشية الدسوقس 3 / 159، دار الفكر، بيروت)
(18) حاشية الدسوقي: 3 / 161 وما بعدها.
(19) القوانين الفقهية: ص: 174.

عين قائمة، فإنه متى أجر عليه حسب الأجرة وربحها، والفرق أن ما لا عين له قائمة لا يقوى قوة ناله، وذلك كأجرة السمسار، **وفيه التفصيل الآتي**:

أ) أن السمسار إذا لم يعتد بأن كان من الناس ممن يتولى الشراء بنفسه دونه ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: قيل تحسب أجرته وربحها.

الثاني: وقيل لا يحسبان، وهو مذهب المدونة والموطأ،[20] وكذا في التوضيح.

الثالث: وقيل تحسب أجرته دون ربحها.

ب) وإن اعتيد بأن كان المتاع لا يشتري مثله إلا بسمسار، فقال البعض يحسب أصله دون ربحه كما قال في المواق.

وفي كل ما تقدم قد بين البائع جميع ما لزم تفصيلا، إما ابتداء أو بعد الإجمال، كأن يقول قامت علي بمائة ثم يفصل، وقد يبين ما يربح له وما لا يربح له، وما يحسب أصلا كأجرة الدّلاّل غير المعتاد.

وقد يشترط ضرب الربح على الكل أو البعض، وفي كل إما أن يكون ذلك بعد تفصيل ما لزم ابتداء أو بعد تفصيلة بعد الإجمال، فيعمل بما. اشترط في الصور الأربع، وذلك أيضا حسبما يجري به العرف، فالعرف كالشرط.[21]

---

(20) حاشية الزرقاني علي خليل: 3 / 174، الموطأ: ص: 557.
(21) نصت المادة 43 من المجلة على أن: «المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ثالثا: وجوب الرضاع على الزوجة

فإن مذهب الإمام مالك أن الرضاع على الزوجة الدنيئة دون الشريفة وعمدته في ذلك العرف.

قال ابن رشد: «وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك، وذلك أن قومت أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوه على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها، وهو مشهور قول مالك، ثم يستطرد قائلا: وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة».[22]

رابعا: بيع المعاطاة

حين يذهب المالكية إلى القول بصحة هذا البيع، يقول صاحب الشرح الكبير:

«ينعقد البيع بما يدل على الرضا، وإن كان بمعاطاة بأن يأخذ المشتري المبيع ويدفع الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ولو في غير المحقرات».[23]

وعلق الدسوقي في حاشيته بما يأتي:

«قوله بما يدل أي عرفا سواء دل على الرضا لغة أيضا، أولا، كبعث واشتريت وغيره من الأقوال كالكتابة والإشارة والمعاطاة...».[24]

وعلق الصاوي: «قوله: وما دل على الرضى، أي عرفا سواء دل عليه لغة أيضا أولا...». ويستدلون على دعواهم بالعرف، لأن الشارع لم يوضح كيفية البيع ولا طريقة الإيجاب والقبول، بل ترك هذا كله إلى العرف، وحينئذ فإن البيع يكون صحيحا بالمعاطاة.

---

(22) بداية المجتهد: 2 / 56.
(23) الشرح الكبير: للدردير / ج 3، ص: 2 وما بعدها.
(24) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (3/3)

خامسا: الحرز في السرقة

ذهب المالكية إلى أنه لا قطع إلا إذا سـرق المال من حرز مثله، ويرجع إلى معرفة الحرز إلى العرف، قال ابن رشـد: «والحرز عند مالك بالجملة هو كل شـيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق».

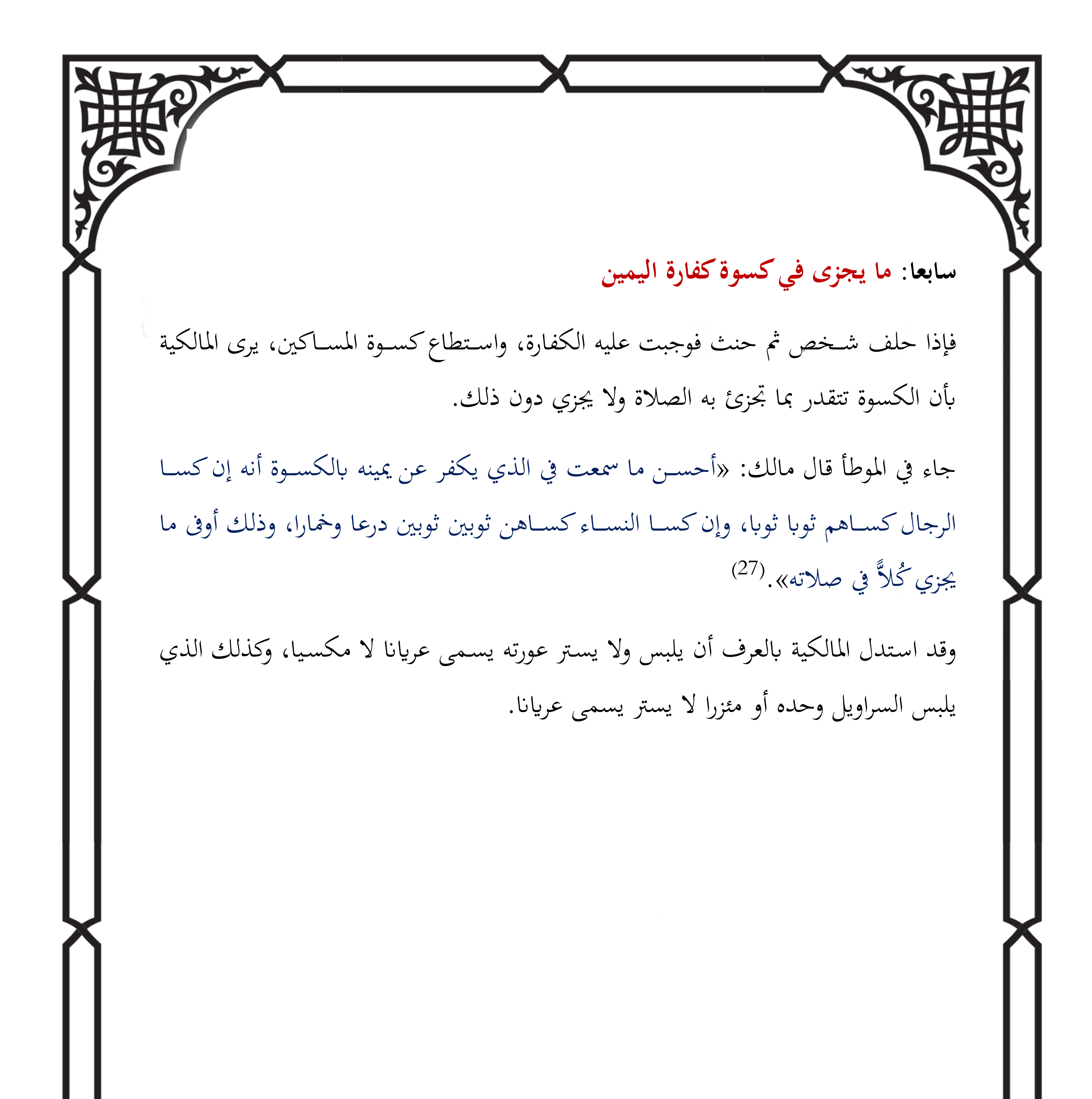
وذهب مالك إلى أن البيت في الدار المشـتركة حرز يقطع بإخراج المتاع منه ولو لم يخرجه من جميع الدار، قال في الموطأ: «الأمر عندنا أنه إذا كانت دار رجل مغلقة عليه ليس معه فيها غيره فإنه لا يجب على من سـرق منها شـيئا قطع حتى يخرج من الدار كلها، لأن الدار كلها هي حرزه، فإن معه في الدار ساكن غيره، وكان كل إنسان منهم يغلق عليه بابه، وكانت حرزا لهم جميعا، فمن سـرق من بيوت تلك الدار شـيئا يجب عليه القطع، فخرج به من الدار، فقد أخرجه من حرزه إلى غير حرزه، ووجب عليه فيه القطع».[25]

سادسا: قطع النباش

ذهب الإمام مالك إلى وجوب القطع عليه إذا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، قال في الموطأ: «والأمر عندنا في الذي ينبش القبور أنه إذا ما أخرج من القبر ما يجب فيه القطع، فعليه فيه القطع، وذلك أن القبر حرز لما فيه، كما أن البيوت حرز لما فيه، ولا يجب عليه القطع حتى يخرج به من القبر».[26]

---

(25) الموطأ، لمالك بن أنس، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة: الأولى 1425هـ -2004م، (5/ 1225)
(26) المصدر نفسه (5/ 1227)



سابعا: ما يجزى في كسوة كفارة اليمين

فإذا حلف شخص ثم حنث فوجبت عليه الكفارة، واستطاع كسوة المساكين، يرى المالكية بأن الكسوة تتقدر بما تجزئ به الصلاة ولا يجزي دون ذلك.

جاء في الموطأ قال مالك: «أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه إن كسا الرجال كساهم ثوبا ثوبا، وإن كسا النساء كساهن ثوبين ثوبين درعا وخمارا، وذلك أوفى ما يجزي كُلاًّ في صلاته».[27]

وقد استدل المالكية بالعرف أن يلبس ولا يستر عورته يسمى عريانا لا مكسيا، وكذلك الذي يلبس السراويل وحده أو مئزرا لا يستر يسمى عريانا.

---

(27) المصدر السابق (3/ 684)

الخاتمة:

ولا تزال العادة تلعب دورا حيويا لا ينكر، فالعادة التي سبقت القوانين وقامت مقامها قبل تدوينها، لا تزال تكملها عند سكوتها، وتفسرها وتطبقها وفق تقاليد الشعب، وتفسرها وتطبقها وفق تقاليد الشعب، وتُعَدِّلُهَا حسب رغباتهم، فالعادة تساعد على تحريك الشرائع من جمودها لنصل الماضي بالحاضر، وتهيئ الحاضر للمستقبل، وهكذا لا يمكن للقانون، الذي هو علم اجتماعي، أن يتجاهل العوائد التي هي أهم مظاهر المجتمع، وبذلك تكون المصلحة قد انبنت على أوضاع الناس وأعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، وجرى عمل الناس بها تبعا لتطور الزمن وتعدد النوازل، فالناس سائرون مع الزمن وما يبرزه من جديد كل يوم من اكتشافات وصناعات، واتساع عمران، وتشابك المصالح، مما أنشأ تقاليد وأعراف جديدة تقتضي أن نبني المصالح عليها.

وهكذا فالأحكام الفقهية المبنية على العرف تتغير بتغيره زمانا ومكانا لأن الفرع يتغير بتغير أصله، ولهذا يقول العلماء في مثل هذا الاختلاف إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

انتهت

رابط المقال

https://www.habous.gov.ma/daouat-alhaq/item/7655